

VU Research Portal

Het toelatingsrecht en de onderwijskundige inrichtingsvrijheid in het mbo: een voorwerp van aanhoudende zorg

Lathouwers, B.F.P.M.; van Schoonhoven, R.

published in

NTOR : Nederlands tijdschrift voor onderwijsrecht
2017

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lathouwers, B. F. P. M., & van Schoonhoven, R. (2017). Het toelatingsrecht en de onderwijskundige inrichtingsvrijheid in het mbo: een voorwerp van aanhoudende zorg. *NTOR : Nederlands tijdschrift voor onderwijsrecht*, 2017(2), 98-120.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Bart Lathouwers en Renée van Schoonhoven¹

Het toelatingsrecht en de onderwiskundige inrichtingsvrijheid in het mbo: een voorwerp van aanhoudende spanning

Het geven van onderwijs is vrij. Op dat uitgangspunt, verwoord in het tweede lid van artikel 23 van de Grondwet, is onze onderwijswet- en regelgeving in belangrijke mate gestoeld. De overheid kan de vrijheid inperken, bijvoorbeeld door regels en bekostigingsvoorwaarden te formuleren waar bevoegde gezagsorganen in het openbaar respectievelijk het bijzonder onderwijs zich aan te houden hebben. Bij die inperking dienen echter wel op grond van het vijfde en zesde lid van hetzelfde artikel de vrijheid van richting en de inrichtingsvrijheid te worden gerespecteerd.²

1. Inleiding

Voor het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) betekent dit dat de overheid de instellingen, die zonder uitzondering bijzonder van aard zijn, op grond van *de vrijheid van richting* de ruimte dient te laten om studenten op denominatieve gronden te kunnen weigeren. Tevens dient de overheid aan diezelfde instellingen op grond van *de vrijheid van inrichting* ruimte te laten om studenten op onderwiskundige en/of organisatorische gronden te kunnen selecteren, bijvoorbeeld als het gaat om de vraag of een student geschikt (genoeg) is voor de beroepsopleiding of om de vraag of er nog opleidingsplaatsen beschikbaar zijn.

Sinds jaar en dag is dit een belangrijk kader dat mbo-instellingen gebruiken bij hun toelatingsbeleid. Recent zijn in dat kader echter veranderingen opgetreden door de invoering van de Wet doelmatige leerwegen en modernisering bekostiging in 2014 en de Wet toelatingsrecht mbo die in 2017 wordt ingevoerd.³ Deze veranderingen komen erop neer dat met name onderwiskundige inrichtingsvrijheid een veer moet laten, ten faveure van de introductie van een ander belangrijk principe, namelijk het recht op onderwijs.

Dat *recht op onderwijs* is tot op heden nog geen expliciete bepaling in onze onderwijswet- en regelgeving. Wel is het verwoord in artikel 2 van het Eerste Protocol van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), dat in de eerste volzin stelt dat niemand het recht op onderwijs mag worden onttrokken. De Nederlandse overheid dient zich in te spannen om dit recht te verwezenlijken, door te zorgen voor een stelsel van basisvoorzieningen, en daarbij ruimte te geven aan ouders, leerlingen en studenten om onderwijs te volgen dat past bij hun geloof of levensovertuiging. De overheid beschikt bij het uitvoeren van deze zorg overigens wel over enige beleidsruimte, over een ‘margin of appreciation’.

Het artikel heeft geen horizontale werking; het is te zien als een afspraak tussen de staten die het verdrag hebben opgesteld. Studenten kunnen zich er niet op beroepen als zij bij een mbo-instelling toegang tot een opleiding eisen. Wel kunnen studenten de staat aanspreken als zij van mening zijn dat de staat zich niet houdt aan deze bepaling.⁴

De laatste jaren zien we in het onderwijsbeleid dat het recht op onderwijs meer op de voorgrond staat dan dat enkele decennia geleden nog het geval was.⁵ We zien dit terug bij onder meer de debatten en voorstellen over de overstap van het basis-onderwijs naar het voortgezet onderwijs, de doorstroom vanuit de vmbo-theoretische leerweg naar de havo en bij discussies over het toelatingsbeleid van mbo-instellingen.⁶ Daarbij is overigens – vooralsnog – níet in discussie dat bevoegde gezagsorganen in het bijzonder onderwijs leerlingen en studenten op denominatieve gronden mogen selecteren. Evenmin is in discussie dat scholen en instellingen leerlingen en studenten in voorkomende gevallen kunnen weigeren omdat het gebouw of de opleiding eenvoudigweg geen plaats meer heeft. Anders gezegd: als het om toelating gaat, zijn vooralsnog níet in het geding de inrichtingsvrijheid gebaseerd op de vrijheid van richting, noch de organisatorische inrichtingsvrijheid. Wel ter discussie staat de beslissingsruimte van bevoegde gezagsorganen om leerlingen of studenten op onderwijskundige gronden de toegang te mogen weigeren.

In dit artikel illustreren we deze ontwikkeling aan de hand van één specifieke casus, namelijk de introductie van een toelatingsrecht voor studenten in het mbo. Dit toelatingsrecht treedt in 2017 in werking als gevolg van de wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) in verband met de invoering van een vroegtijdige aanmelddatum voor en een toelatingsrecht tot het beroepsonderwijs (hierna te noemen: de Wet toelatingsrecht mbo).⁷ De casus laat zien hoe via de band van de maatschappelijke opdracht van het mbo – i.c. het toeleiden van zo veel mogelijk jongeren naar een diploma – in het politieke vertoog het recht op onderwijs voor alle

studenten op de voorgrond treedt. In het vertoog komt het ándere grondrecht, namelijk dat van de onderwijskundige inrichtingsvrijheid voor bevoegde gezagsorganen, niet voor het voetlicht.

Leeswijzer

Bij de uitwerking van deze casus houden we de volgende indeling aan. In paragraaf 2 wordt beschreven hoe tot 2014 de wettelijke bepalingen over toelating tot de mbo-opleidingen luiden. Paragraaf 3 beschrijft de wijzigingen die in deze toelatingsbepalingen zijn doorgevoerd met de komst van de Wet doelmatige leerwegen en modernisering bekostiging (hierna te noemen: Wet doelmatige leerwegen). Paragraaf 4 is gewijd aan de achtergronden en inhoud van de Wet toelatingsrecht mbo, die in 2017 in werking treedt. In paragraaf 5 benoemen we enkele onderwijsrechtelijke aandachtspunten die onzes inziens door deze nieuwe bepalingen ontstaan. Het artikel wordt in paragraaf 6 afgerond met een conclusie.

Nog een laatste opmerking vooraf. De Wet toelatingsrecht mbo regelt ook de komst van een vroegtijdige, vaste aanmelddatum in het mbo alsook de explicitering van de mogelijkheid voor instellingen om in geval van de niveau 2, 3 en 4 opleidingen te werken met een zogeheten bindend studieadvies. Het artikel bespreekt echter voorname-lijk de bepalingen uit deze wet die zien op het toelatingsrecht.

2. Toelating tot een mbo-opleiding: uitgangspunten tot 2014

Een kandidaat die deelnemer wil worden aan het middelbaar beroepsonderwijs kan kiezen uit honderden beroepsgerichte opleidingen met vaak ook nog varianten in onderwijsprogramma's die opleiden voor hetzelfde diploma. Hij of zij kan tevens kiezen tussen de beroepsopleidende leerweg (hierna BOL) en de beroepsbegeleidende leerweg (hierna BBL). Wij onderscheiden voor de zoekende kandidaat de volgende fases in het proces: aanmelding, intake, advies, toelating, onderwijsovereenkomst, inschrijving en plaatsing.

De kandidaat die voor een opleiding wil worden ingeschreven, zal zich aanmelden bij de mbo-instelling van zijn of haar keuze. Na de aanmelding vindt in sommige gevallen een intake plaats. Deze intake kan bestaan uit gesprekken en/of testen van diverse aard. Een intake kan gericht zijn op het bepalen van het taal- en/of rekenniveau maar ook op de bekwaamheid op het gebied van de beroepsgerichte vaardigheden. Na de intake wordt een advies gegeven. Dit advies kan positief zijn of negatief met eventueel een verwijzing naar een geschiktere opleiding. Het advies

hoeft niet alleen op de wettelijke toelatingsnormen te zien en heeft geen bindend karakter. Het staat de kandidaat vrij het advies te negeren.

Hierna beschrijven we eerst de aard en inhoud van de toelatingsbeslissing (paragraaf 2.1) en van de onderwijsovereenkomst (paragraaf 2.2). Daarmee zetten we de hoofdlijn neer zoals deze tot het jaar 2014 gold. In paragraaf 2.3 vatten we die hoofdlijn samen.

2.1 De toelatingsbeslissing

Met de komst van de Wet educatie en beroepsonderwijs in 1996 is de autonomie van de mbo-instellingen gemarkeerd. Dit blijkt uit de Memorie van Toelichting, onder meer als volgt: “Het uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat instellingen zoveel mogelijk autonoom moeten kunnen functioneren in een maximaal zelfregulerend systeem. Dit leidt ertoe dat het aantal momenten van overheidssturing tot een minimum moet worden beperkt”.⁸ Deze autonomie is doorgetrokken naar de bekostigingsvoorwaarden met betrekking tot toelating en inschrijving. In bijvoorbeeld het derde lid van artikel 8.1.1 WEB is destijds expliciet bepaald dat een kandidaat pas wordt ingeschreven nadat het bevoegd gezag heeft besloten om de kandidaat toe te laten. Na de aanmelding, of indien van toepassing de intake en het advies, neemt het bevoegd gezag dus een toelatingsbeslissing. Er is bij de komst van de WEB uitdrukkelijk een eigen beslissingsbevoegdheid bij het bevoegd gezag belegd.

Voldoen aan inschrijvereisten en vooropleidingseisen

De kandidaat die tot een mbo-opleiding toegelaten wenst te worden, moet in de eerste plaats voldoen aan de formele inschrijvereisten, zoals zorgen dat de instelling beschikt over de juiste persoonsgegevens. Aansluitend dient het bevoegd gezag bij het komen tot de toelatingsbeslissing te bezien of aan de vooropleidingseisen wordt voldaan.

Overigens is bij de invoering van de WEB in 1996 bepaald dat voor de assistentenopleidingen (de huidige entreeopleidingen, niveau 1) en de basisberoepsopleidingen (niveau 2) in het geheel geen vooropleidingseisen gelden. Dit verandert in 2003 als in de WEB door aanpassing van artikel 8.1.2 en de toevoeging van artikel 8.2.2 WEB nadere vooropleidingseisen worden geformuleerd.⁹ Aan deze vooropleidingseisen wordt invulling gegeven via de Doorstroomregeling vmbo-beroepsonderwijs die op 1 augustus 2003 in werking treedt.¹⁰ De grootste aanpassing is dat de basisberoepsopleiding (niveau 2) vanaf dat moment niet altijd meer drempelloos is. Indien er voor een beroepscategorie zowel een assistentenopleiding als een basisberoepsopleiding aanwezig is, dan is de basisberoepsopleiding namelijk niet drempelloos. Er is dan minimaal een diploma vmbo basisberoepsgerichte leerweg vereist.

Daarnaast zijn er voor niveau 2 tot en met niveau 4 sectoren aangewezen waarvoor nadere eisen zijn gesteld aan de vakken en programmaonderdelen die leiden tot het vmbo-diploma en/of onderdeel zijn van het gevolgde onderwijsprogramma. De drempelloze toelating van de assistentenopleiding blijft daarbij wel ongemoeid.

Denominatie van de instelling onderschrijven of respecteren

Een beschrijving van het toelatingsrecht tot het bijzonder onderwijs is niet volledig wanneer het denominatieve aspect wordt overgeslagen. Bijzondere scholen kunnen kandidaten selecteren op grond van richting. Zij kunnen de kandidaat vragen de richting te onderschrijven. Deze mogelijkheid is wel aan beperkingen onderhevig. Een kandidaat de toegang weigeren op denominatieve gronden is pas mogelijk indien er sprake is van een consistent aan de richting van de school ontleend toelatingsbeleid.¹¹ Meer concreet moet in de eerste plaats de grond tot weigering overeenstemmen met de in de statuten van de rechtspersoon die de school in stand houdt neergelegde doelstellingsbepaling. In de tweede plaats moet er ook een kenbaar toelatingsbeleid zijn gevoerd dat consistent is met de geformuleerde doelstelling. Een schoolbestuur dat aan beide voorwaarden voldoet, mag een kandidaat die niet voldoet aan de gestelde eisen de toelating weigeren, ofwel eisen dat de ouders van een kandidaat de grondslag en doelstellingen van de school onderschrijven. Onderschrijven houdt in dat de kandidaat en de ouders moeten verklaren dat zij de religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen waar de school voor staat, aanhangen. Wanneer de mogelijkheid om te weigeren of toelating met onderschrijving van de grondslag niet meer mogelijk is omdat niet aan de hiervoor genoemde criteria is voldaan, kan nog wel worden verlangd dat de ouders van de kandidaat de grondslag van de school respecteren. Respecteren gaat minder ver dan onderschrijven. Respecteren betekent dat de kandidaat en de ouders zich onthouden van gedrag waarbij daadwerkelijk afstand wordt genomen of onheuse bejegening plaatsvindt van de met de in de statuten vastgelegde richting samenhangende uitgangspunten van de school.

Tot 1 augustus 2014 geldt dat het bevoegd gezag van een kandidaat die zich aanmeldt voor een assistent- of basisberoepsopleiding slechts kan verlangen dat de grondslag en doelstellingen worden gerespecteerd. Bij de overige opleidingen mag worden geëist dat deze worden onderschreven.¹²

Eigen toelatingsbeleid

Naast het selecteren van kandidaten op denominatieve gronden kunnen mbo-instellingen ook kandidaten selecteren op grond van de vrijheid van inrichting, onderbouwd met organisatorische en/of onderwijskundige argumenten. De beslissings-

bevoegdheid biedt ruimte om een eigen toelatingsbeleid te voeren en zo invulling te geven aan onderwijskundige en organisatorische autonomie.¹³ Dit komt ook regelmatig voor. Opleidingsplaatsen worden soms beperkt om organisatorische redenen en/of opleidingen kennen een intake waarbij op bekwaamheid geselecteerd wordt. Het laatste wordt dan niet zelden ingegeven doordat er door overheid en scholen zelf stevig wordt gestuurd op rendementen; dit genereert de behoefte om bij een beperkt aantal beschikbare opleidingsplaatsen kandidaten te selecteren die een grotere kans hebben de opleiding succesvol te voltooien.

De beschikbare beleidsruimte verschilt wel tussen de niveaus. Reeds voor de invoering van de Wet doelmatige leerwegen en de Wet toelatingsrecht was voor niveau 1 en 2 de ruimte om een eigen toelatingsbeleid te voeren op onderwijskundige gronden zeer beperkt vanwege de inschrijverplichting van artikel 8.1.1 lid 5 WEB. Voor niveau 3 en 4 bestond tot 2014 meer ruimte voor een eigen toelatingsbeleid. Binnen de algemene normen van de wet bepaalde het bevoegd gezag zelf de plaatsingscriteria en -procedure. Wel moest het bevoegd gezag zorgen voor toegankelijk beroepsonderwijs en een zorgvuldig selectieproces.¹⁴

2.2 De onderwijsovereenkomst

Na de toelatingsbeslissing dient er een onderwijsovereenkomst te worden afgesloten ingevolge artikel 8.1.3 lid 1 WEB. Dit voorschrift vormt een tweede belangrijk kenmerk van de toelatings- en inschrijvingsvoorschriften in de WEB. De bepaling over de onderwijsovereenkomst is bijzonder omdat het sluiten daarvan expliciet een voorwaarde is gemaakt voor inschrijving. In de literatuur wordt het bestaan van een onderwijsovereenkomst in andere onderwijswetten wel impliciet aangenomen, maar is zij niet in de wettelijke bepalingen opgenomen.¹⁵

De onderwijsovereenkomst dient de rechten en plichten tussen het bevoegd gezag van de mbo-instelling en de kandidaat aangaande toelating, verblijf en verwijdering van de deelnemer te regelen. De wetgever is van mening dat de civielrechtelijke figuur van de onderwijsovereenkomst, meer dan wettelijke bepalingen, houvast biedt om rechten en plichten vast te stellen. Daarbij wordt de deelnemer de mogelijkheid geboden om, indien de school in gebreke blijft, nakoming te vorderen.¹⁶ Artikel 8.1.3 WEB geeft voorschriften voor de minimale onderwerpen die de overeenkomst dient te regelen. Het bevoegd gezag dient hiervoor ingevolge lid 2 van artikel 8.1.3 WEB een model vast te stellen. In de praktijk betekent dit dat er vaak sprake is van een set algemene voorwaarden en een variabel voorblad waarop de specifieke opleidingsinformatie is opgenomen.

De mogelijkheid om op basis van de gegeven beslissingsbevoegdheid een eigen toelatingsbeleid te voeren impliceert dat het bevoegd gezag de onderwijsovereenkomst

op de individuele kandidaat kan specificeren. Anders gezegd, individuele afspraken kan maken. De deelnemer kan erbij gebaat zijn om op vrijwillige basis individuele (begeleidings)afspraken te maken. Interessanter wordt het wanneer het maken van aanvullende afspraken direct of indirect (mede) bepalend is voor de inschrijving van de kandidaat. Mag het bevoegd gezag aanvullende en door de kandidaat als bezwarend ervaren eisen opnemen in de overeenkomst en de kandidaat die weigert akkoord te gaan met deze eisen niet inschrijven?

Uitgangspunt is de contractsvrijheid die stelt dat het partijen vrij staat om een overeenkomst af te sluiten met wederzijdse rechten en verplichtingen. Deze contractsvrijheid wordt beperkt door de wet. De eerste beperking is derhalve dat het bevoegd gezag geen afspraken mag maken die direct strijd met de wet opleveren. Er moet dan met name worden gedacht aan twee algemene wetten die van belang zijn bij toelating tot onderwijs, te weten de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz).¹⁷ Het bevoegd gezag dient bij beslissingen aangaande de inschrijving van kandidaten deze algemene wetten in acht te nemen. Een stap verder gaat de stelling dat het bevoegd gezag geen afspraken mag maken waartoe hij niet uitdrukkelijk bevoegd is. Onzes inziens is dit het geval. Wanneer de wetgever uitdrukkelijk heeft gekozen voor een toelatingskader mag de inschrijving buiten dit kader om niet door het stellen van nadere eisen worden geblokkeerd.

Dit betekent dat er maar drie situaties denkbaar zijn waarin individuele afspraken geoorloofd zijn. De afspraken zijn of (a) volledig vrijwillig, of (b) betreffen een keuze tussen opleidingsvarianten naar hetzelfde diploma of (c) zijn te relateren aan een rechtmatige weigeringsgrond. Dit laatste is toegestaan vanuit het principe dat wanneer het meerdere (weigering) is toegestaan, impliciet het mindere (inschrijven onder voorwaarden) ook is toegestaan.

2.3 Hoofdlijn tot 2014

Met het bovenstaande zijn de belangrijkste contouren van het toelatingsrecht in het mbo tot 2014 zichtbaar gemaakt. Samenvattend zijn er twee voorwaarden voor inschrijving. Het bevoegd gezag neemt een positieve toelatingsbeslissing met inachtneming van de formele inschrijfvereisten en vooropleidingseisen en de eisen – inclusief eventuele denominatieve – die volgen uit het eigen toelatingsbeleid. De tweede voorwaarde is dat er een onderwijsovereenkomst – eventueel met individuele afspraken – wordt getekend (zie ook schema 1).

De invulling van deze voorwaarden verschilt wel voor de assistent- en basisberoepsopleiding aan de ene kant en de overige opleidingen aan de andere kant.

Dit onderscheid is gelegen in het feit dat voor de assistentenopleiding en de basisberoepsopleiding een inschrijverplichting geldt ingevolge artikel 8.1.1 lid 5 WEB. Hierdoor wordt het bevoegd gezag tevens geacht de kandidaat voor deze opleidingen aan te nemen zoals hij of zij zich aan de poort meldt. Selectie op grond van bovenwettelijke verwachtingen van de mbo-instelling aan deze kandidaat wordt niet toegestaan. Dit zorgt ervoor dat het eigen, niet denominatieve toelatingsbeleid geen rol meer kan spelen bij de toelatingsbeslissing. De bevoegdheid om – als het om deze opleidingen gaat – een toelatingsbeslissing te nemen is daarmee geworden tot een gebonden bevoegdheid. Dit betekent ook dat individuele afspraken bij de onderwijsovereenkomst gebaseerd op een beleidsmatige weigeringsgrond, in geval van de assistentenopleiding en de basisberoepsopleiding niet mogelijk zijn.

2.4 Iudicium abeundi

Bij deze gebondenheid van de beslissing is overigens nog wel een kanttekening te plaatsen. Het College van Beroep voor het hoger onderwijs (CBHO) oordeelde in 2008 voor het hoger onderwijs dat het bestaan van een inschrijfrecht niet betekent dat er in het geheel geen weigeringsbevoegdheid meer bestaat.¹⁸ Het bevoegd gezag behoudt altijd een buitenwettelijke beslissingsbevoegdheid, het zogeheten *iudicium abeundi*. Het *iudicium abeundi* houdt in dat in bijzondere omstandigheden en dringende redenen een kandidaat met een recht op inschrijving mag worden geweigerd. Deze formulering geeft deze bevoegdheid kenmerken van een hardheidsclausule. Wij achten deze uitspraak ook relevant voor het middelbaar beroepsonderwijs. Gebonden of niet, de conclusie van deze paragraaf is dat tot 2014 voor de toelating altijd een toelatings*beslissing* van het bevoegd gezag is vereist.

3. De periode van 2014 tot heden: introductie van een toelatingsrecht tot de entreeopleiding

In 2014 maakt de wetgever een zeer principiële keuze om voor een deel van het mbo-opleidingenpakket een individueel toelatingsrecht voor de betreffende studenten te introduceren. Deze introductie geschiedt bijna geruisloos.¹⁹ In dat jaar treedt de Wet doelmatige leerwegen in werking waarmee de toelating voor de entreeopleiding wordt geregeld in het nieuwe artikel 8.1.1b WEB.²⁰ In plaats van het in artikel 8.1.1 lid 5 WEB opgenomen inschrijfrecht op een entreeopleiding enkel te herbevestigen, kiest de wetgever ervoor om de bevoegdheid van artikel 8.1.1 lid 3 WEB tot het nemen van toelatingsbeslissing als het gaat om deze opleidingen in het geheel te schrappen. In het vervolg staat de toelating onder voorwaarden *voor eenieder open*. In artikel 8.1.1b lid 2 WEB wordt opgenomen dat het bevoegd gezag de toelating tot de

entreeopleiding slechts kan weigeren indien diegene die om toelating verzoekt in de afgelopen twee studie jaren bij een instelling was toegelaten tot een entreeopleiding. In het eerste lid is geregeld dat de toelating niet openstaat voor een kandidaat die gelet op zijn vooropleiding toelaatbaar is op een andere mbo-opleiding en een kandidaat die nog volledig leerplichtig is.

Hiermee wordt een individueel geclausuleerd recht op toelating tot de entreeopleiding gecreëerd. De vraag is wat het schrappen van artikel 8.1.1 lid 3 WEB betekent voor het uitgangspunt dat het bevoegd gezag over de toelating beslist. De Memorie van Toelating gaat hier niet op in dus de implicaties hiervan worden niet meteen duidelijk. In theorie zijn er verschillende opties.

Het vervangen van artikel 8.1.1 lid 3 WEB kan betekenen (a) dat de toelatingsbeslissing in het geheel is verdwenen en vervangen door een verklaring waarin het bevoegd gezag het individuele recht op toegang bevestigt of ontkent. Er wordt dan enkel nog een inschrijvingsbeslissing genomen.

Een andere optie is (b) dat de bevoegdheid tot het nemen van een beslissing omtrent toelating blijft bestaan maar dat er sprake is van een gebonden bevoegdheid. In dit geval kan nog onderscheid worden gemaakt tussen (b1) een gebonden bevoegdheid om de kandidaat toe te laten of (b2) een gebonden bevoegdheid om de kandidaat in te schrijven. In het eerste geval is er voor het bevoegd gezag wel een mogelijkheid om individuele nadere afspraken af te dwingen, in het tweede geval niet.

Een individueel toelatingsrecht verhoudt zich onzes inziens niet met een resterende toelatingsbeslissing voor het bevoegd gezag. Wij opteren daarom voor optie a. Dit betekent dat met de inwerkingtreding van de Wet doelmatige leerwegen de toelatingsbeslissing is vervangen door een declaratoire uitspraak of er sprake is van een individueel recht op toelating. Wat resteert, is een bevoegdheid om wel of niet tot inschrijving over te gaan. Er dient immers nog steeds een onderwijsovereenkomst te worden getekend. Het recht om het onderwijs te volgen, volgt dus niet rechtstreeks uit het recht op toelating. De bevoegdheid tot inschrijving is wel een gebonden bevoegdheid met uitzondering van het iudicium abeundi dat in paragraaf 2.4 is toegelicht.

Bovenstaande leidt wel tot de onbevredigende conclusie dat er kennelijk een individueel recht op toelating kan bestaan terwijl dit niet automatisch leidt tot een inschrijving op de gewenste opleiding. Wanneer we daarboven uitgaan van een bevoegdheid tot het nemen van een toelatingsbeslissing die onafhankelijk bestaat

naast de bevoegdheid om te beslissen over de inschrijving wordt het resultaat echter alleen maar onbevredigender.

Met de Wet doelmatige leerwegen wordt kortom de ruimte voor mbo-instellingen om op onderwijskundige en organisatorische gronden een toelatingsbeleid te voeren, daar waar het gaat om de entreeopleidingen, aanmerkelijk beperkt.

4. Wet toelatingsrecht mbo

De beleidsruimte bij de andere drie opleidingsniveaus wordt in 2017 ook teruggedrongen met de inwerkingtreding van de Wet toelatingsrecht mbo. In deze paragraaf beschrijven we eerst de aanleiding tot deze wet en de parlementaire behandeling van het voorstel. Daarna wordt beschreven wat er door deze wet in 2017 verandert.

4.1 Aanleiding tot het wetsvoorstel

In september 2014 bericht Nieuwsuur dat duizenden jongeren in het mbo worden geweigerd of uitgeschreven.²¹ Het gaat daarbij om studenten met leerachterstanden, privé- en motivatieproblemen; de begeleidingslast is voor de mbo-instellingen te duur, zo wordt in de uitzending gesteld. Aangegeven wordt dat de instellingen naar de letter en geest van de wet niet zonder reden mogen weigeren of uitschrijven, maar dat het toch gebeurt. De minister reageert in de uitzending door te stellen dat geld niet het probleem kan en mag zijn. Instellingen krijgen middelen voor het begeleiden van studenten met (leer)problemen. Ze heeft voorts geen signalen dat het weigeren of uitschrijven op grote schaal gebeurt. Maar daar waar het plaatsvindt, zal ze direct met de instelling in gesprek gaan en zo nodig de Inspectie inschakelen.

Na de uitzending volgt begin oktober 2014 een brief van de minister aan de Kamer.²² Ze meldt dat er op jaarbasis circa 130 klachten binnenkomen en dat dat aantal gelukkig gering is “in het licht van het aantal studenten dat jaarlijks instroomt in het mbo (160.000) of van opleiding wisselt (20.000).” Ze benadrukt dat instellingen hun maatschappelijke opdracht, ook als het gaat om *multiproblem* jongeren, zeer serieus nemen.

In een brief van medio december 2014, die handelt over de bredere aanpak van en voor risicojongeren in het onderwijs, wordt dit betoog voortgezet.²³ Deze groep moet ook naar de startkwalificatie worden begeleid óf naar een passende plek op de arbeidsmarkt. De brief beschrijft een breed pakket aan maatregelen, waaronder de aankondiging dat er een wettelijke basis komt voor het toelatingsrecht van studen-

ten tot het mbo: “Er bestaat geen misverstand over dat schoolbare en leerbare jongeren altijd op een mbo-instelling terecht moeten kunnen. In het primair en voortgezet onderwijs bestaat openbaar onderwijs, waarvoor alle leerlingen kunnen worden ingeschreven. Ook hebben scholen een zorgplicht voor leerlingen die extra ondersteuning nodig hebben. In het hoger beroeps- en wetenschappelijk onderwijs geldt in principe een toelatingsrecht voor iedereen met de juiste vooropleiding die zich tijdig aanmeldt. Alleen voor specifieke opleidingen kan de toelating beperkt worden. In de wetgeving voor het mbo is vooralsnog alleen in algemene zin de toegankelijkheid van het onderwijs verankerd en is geen toelatingsrecht opgenomen. Dat kan in praktijk tot verwarring, onduidelijkheid of onzekerheid leiden bij jongeren die voor een mbo-opleiding geweigerd worden. Ik ga daarom in het mbo het recht op toelating voor leerlingen met de juiste vooropleiding in de wet regelen. Dit betekent dat een mbo-instelling in principe voor elke leerling die voldoet aan de vooropleidingseisen en zich op tijd aanmeldt een passend onderwijsaanbod moet leveren. Het toelatingsrecht zal ik zoveel mogelijk in lijn brengen met het toelatingsrecht in het hoger onderwijs. Ik zal hiervoor een wetsvoorstel indienen.”

In de zomer van 2015 bericht Nieuwsuur opnieuw over het onderwerp.²⁴ De invalshoek is nu dat kwetsbare jongeren nog steeds op het mbo geweigerd worden, terwijl net ‘passend onderwijs’ is ingevoerd. In het item komen ook gemeenten aan het woord, die aangeven dat ze de betreffende jongeren graag op een mbo-opleiding plaatsen omdat zij dan studiefinanciering en geen uitkering krijgen. Nieuwsuur geeft aan dat de minister een wetsvoorstel toelatingsrecht heeft aangekondigd.

Aan het eind van diezelfde zomer wordt het betreffende conceptwetsvoorstel aangeboden ter internetconsultatie. Over het algemeen zijn de reacties op het onderdeel ‘vervroegde aanmelding’ positief. Mbo-instellingen reageren echter wel licht kritisch op het onderdeel ‘toelatingsrecht’. Zij geven aan dat niet elke vmbo-er geschikt is voor elke beroepsopleiding; nu wordt dat nog gecheckt door de intake- en docenten. Aangegeven wordt dat het wetsvoorstel deze deskundigheid miskent, omdat in hun ogen de studenten straks zelf bepalen voor welke opleiding zij zich willen laten inschrijven. Het wetsvoorstel wordt echter niet op grond van deze inbreng aangepast.

4.2 Parlementaire behandeling

De MBO Raad richt zich begin 2016 samen met VNO/NCW en MKB Nederland met een brief tot de Afdeling advisering van de Raad van State.²⁵ In de brief melden zij hun grieven: “op basis van beperkte probleemanalyse (staan) in het voorliggende wetsvoorstel vergaande voorstellen voor letterlijk alle aanmeldingen in het mbo.

Deze voorstellen doen geen recht aan de dagelijkse praktijk (...). Deze voorstellen lossen ook eventuele klachten van studenten niet op.”

In haar advies geeft de Afdeling advisering van de Raad van State aan dat in het voorstel de veronderstelde problematiek, ‘de onduidelijkheid rond toelating’, niet nader wordt toegelicht.²⁶ De Afdeling vraagt nader in te gaan op de aard van die problematiek en het aantal gevallen waarin studenten ten onrechte worden afgewezen of uitvallen. Overigens is de Afdeling mild in haar oordeel: het wetsvoorstel kan naar de Tweede Kamer worden gezonden nadat aan dit punt aandacht is geschonken.

In het nader rapport wordt gemeld dat het wetsvoorstel tevens dient om een fout te herstellen die bij de Wet doelmatige leerwegen is gemaakt. Daarbij is namelijk per abuis in artikel 8.1.1 vierde lid van de WEB komen te staan dat instellingen de toelating van studenten van niveau 3 en 4 mogen weigeren indien zij de denominatie van de instelling niet *respecteren*. Daar had moeten blijven staan: *onderschrijven*. Het wetsvoorstel toelatingsrecht draait dit weer terug.

In april 2016 wordt het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend.²⁷ In de Memorie wordt aangegeven dat het toelatingsbeleid van mbo-instellingen onduidelijk kan zijn. “Zo komt het voor dat leerlingen, in bezit van de juiste vooropleiding en met voldoende motivatie, om voor hen onduidelijke redenen worden afgewezen. (...) Dat is ongewenst want het ontnemt studenten die vaak nog minderjarig en kwalificatieplichtig zijn de kans om de opleiding van hun voorkeur te volgen. (...) De regering vindt dat iedere jongere het recht moet hebben om, als deze voldoet aan de vooropleidingseisen, zelf de keuze te bepalen voor zijn beroepsopleiding. (...) Door de introductie van het toelatingsrecht krijgt het toelatingsbeleid van mbo-instellingen een kader waardoor studenten weten waar zij aan toe zijn. Zij kunnen zelf de beslissing maken voor welke opleiding zij ingeschreven willen worden. (...) Voor de entreeopleiding, die drempelloos is, bestaat reeds een toelatingsrecht. Dit wetsvoorstel verandert daar niets aan.”

Het plenaire debat vindt vervolgens in twee termijnen plaats: één voor het zomerreces op 23 juni en één erna, op 7 september 2016.²⁸ Het intermezzo wordt veroorzaakt doordat met name de CDA-fractie aandringt op een aanvullend onderzoek naar de verhoging van de administratieve lasten voor de instellingen die met de vervroegde aanmelding gepaard gaat. Dit onderzoek wordt tijdens de zomerperiode verricht.

Het betoog van de minister in juni 2016 bevat een aantal punten die voor onze analyse van belang zijn. Zij benadrukt allereerst de onduidelijkheid van het toelatingsbeleid van mbo-instellingen. “We weten dat er veel signalen zijn en we weten ook dat die signalen heel hardnekkig zijn.” Voorts accentueert zij dat het wetsvoorstel iets repareert waar andere onderwijssectoren allang over beschikken: “Er komt nu een principieel toelatingsrecht. Het mbo heeft dat niet! Het is de enige onderwijssector in Nederland waar dat recht nu feitelijk niet bestaat. (...) In het mbo hebben wij hier, anders dan in andere onderwijssectoren, eigenlijk niets voor geregeld. Ik vind het van belang dat iedere jongere die zijn vmbo-diploma heeft gehaald en kan leren, op het mbo terecht kan, ongeacht zijn of haar achtergrond. De jongeren in het mbo zijn heel vaak nog leer- of kwalificatieplichtig. Zij moeten de kans krijgen om minimaal hun mbo-diploma te halen.” Vervolgens geeft zij aan dat mbo-studenten afhankelijk zijn van het aanbod in hun regio: “Dat geldt zeker, zo zeg ik nog maar een keer, omdat een groot deel van deze groep nog leer-of kwalificatieplichtig is. Ook wonen zij vaak nog thuis, waardoor een alternatief bij een instelling die verder weg ligt, minder tot de mogelijkheden behoort.”

Het lijkt er in het debat op dat de Kamer, als het gaat om het toelatingsrecht, meegaat met de minister. Er is wel discussie, maar die spitst zich voornamelijk toe op (de organisatie van) de vervroegde aanmelding en het bindend studieadvies. Kamerlid Rog van het CDA stelt als een van de weinige leden kritische vragen over het onderdeel toelatingsrecht. Hij blijft namelijk vragen houden over de proportionaliteit, het nut en de noodzaak van de wet, zo stelt hij. “Het toelatingsrecht zou een oplossing moeten bieden voor een zeer klein aantal onterecht niet-geplaatste studenten, ongeveer 100 tot 200 per jaar. Door anders dan in het voortgezet en hoger onderwijs een vrijwel absoluut toelatingsrecht te creëren, kunnen mbo-scholen niet meer selecteren op basis van motivatie en een passende vooropleiding. Het CDA zou liever op stelselniveau kijken naar de balans tussen rechten en plichten van leerlingen en studenten. Waarom sluit de minister voor het mbo niet aan bij de zorgplicht die er is in het basis- en voortgezet onderwijs, inclusief de geschillenregeling of beroepsprocedure?” De minister gaat echter niet mee in zijn lijn van betoog; andere Kamerleden reageren er ook kritisch op. Hij doet uiteindelijk nog een poging om de bepalingen over het toelatingsrecht uit het wetsvoorstel te amenderen en “de thans in de wet opgenomen bevoegdheid van het bevoegd gezag om over toelating te beslissen” te handhaven.²⁹ Het amendement wordt verworpen.

Het wetsvoorstel wordt op 13 september 2016 aangenomen en vormt aansluitend een hamerstuk in de Eerste Kamer. Bij de stemming in de Eerste Kamer op 4 oktober 2016 tekenen de partijen CDA en PVV aan dat als zou zijn gestemd, zij tegen hadden gestemd.

De wet is in december 2016 in het Staatsblad gepubliceerd. De bepalingen die zien op het toelatingsrecht treden per 1 april 2018 in werking.³⁰

4.3 Wat verandert er door de Wet toelatingsrecht mbo?

Welke wijzigingen in de toelatingsbepalingen brengt de Wet toelatingsrecht mbo tot stand? Kunnen er bij de toelating nog aanvullende eisen worden gesteld; welke mogelijkheden tot weigeren zijn er nog na invoering van de wet?

Met ingang van het schooljaar 2018-2019 bestaat er in navolging van de entreeopleiding ook voor de overige beroepsopleidingen ingevolge artikel 8.1.1c WEB een recht op toelating. Dit recht geldt voor alle kandidaten die zich aanmelden voor 1 april en akkoord gaan met een intake. Dit betekent dat er geen ruimte is voor een selectiebeleid op onderwijskundige gronden, tenzij de wet hier uitdrukkelijk in voorziet. Daardoor is na invoering de beslisboom bij toelating tot de mbo-opleidingen op hoofdlijn als volgt:

- De eerste voorwaarde is (a) dat er door het bevoegd gezag een recht op toelating wordt geconstateerd.
- De tweede voorwaarde is (b) dat het iudicium abeundi niet wordt toegepast. Anders gezegd, er zijn geen bijzondere omstandigheden en dringende redenen om de inschrijving te weigeren.
- Tot slot wordt (c) de onderwijsovereenkomst ondertekend. Het bevoegd gezag mag bij deze onderwijsovereenkomst enkel individuele afspraken afdwingen die zijn te relateren aan de bevoegdheid om de inschrijving vanwege bijzondere omstandigheden en dringende redenen te weigeren.
- Aanvullend geldt dat een eventuele weigering niet in strijd mag zijn met artikel 8.1.2 lid 1 WEB, artikel 7 lid 2 AWGB en artikel 4 onder f en artikel 6 onder b van de Wgbh/cz betreffende gelijke behandeling en verboden onderscheid.

Voor de niveau 3 en niveau 4 opleidingen geldt dat mag worden gevraagd om de grondslag en doelstellingen te onderschrijven in plaats van te respecteren (zie ook schema 1).

Het individuele recht op toelating volgt niet rechtstreeks uit de aanmelding. Voor alle opleidingen blijven de formele inschrijfvereisten bestaan; daarnaast zijn er voor de niveau 2 tot en met niveau 4 opleidingen vooropleidingseisen. De Wet toelatingsrecht mbo introduceert voorts drie nieuwe gronden om de toelating te weigeren; deze worden hieronder kort beschreven.

Artikel 8.2.2a WEB biedt de mbo-instelling de ruimte om extra eisen te stellen aan de kandidaat bij opleidingen die daartoe door de minister zijn aangewezen. Volgens

de Memorie van Toelichting kan dan worden gedacht aan kunst- en sportopleidingen of opleidingen waarvoor specifieke fysieke eisen gelden, bijvoorbeeld een goed gezichtsvermogen of auditief vermogen.³¹ Mbo-instellingen dienen voor de aangewezen opleidingen een regeling vast te stellen met betrekking tot de selectiecriteria voor toelating en de selectieprocedure. Deze regeling stelt het bevoegd gezag uiterlijk 1 februari voorafgaand aan het studiejaar voor eenieder beschikbaar. Indien een kandidaat niet kan worden toegelaten tot de opleiding omdat hij niet voldoet aan de *aanvullende eisen*, biedt het bevoegd gezag hem de gelegenheid zich in te schrijven voor een andere opleiding aan de instelling.

Artikel 8.1.7b WEB ziet op de kandidaat die aantoonbaar *niet geschikt is voor het beroep*. De kandidaat die onder dit artikel valt, komt niet toe aan het in artikel 8.1.1c WEB opgenomen recht op toelating. De Memorie van Toelichting beperkt de geboden ruimte tot die gevallen waarin een kandidaat een gevaar voor zichzelf of anderen zou zijn in het beroep waarvoor wordt opgeleid, dan wel de praktische voorbereiding op dat beroep. Onzes inziens zal niet snel een beroep op dit artikel aan de orde zijn. Artikel 8.1.7b WEB richt zich namelijk op gevallen waarin personen door hun gedragingen een bedreiging vormen voor anderen, die op een andere manier deel uitmaken van het onderwijs. Het probleemgedrag kan zich uiten in (seksuele) intimidatie, agressie, geweld of algemeen disfunctioneren ten gevolge van een ernstige persoonlijkheidsstoornis. Het artikel omvat zowel de fysieke als de morele ongeschiktheid voor het beroep. Hier vallen gedragingen en uitlatingen onder. Het betreft gedragingen en uitlatingen die in de context van het beroep of de praktijk-oefening ontoelaatbaar zijn.³² Het onvoldoende functioneren op een bepaald gebied of handeling valt expliciet niet onder de werking van het artikel. Het verhelpen van deze tekortkoming dient immers onderdeel te zijn van het reguliere onderwijs.

Artikel 8.1.1c lid 2 WEB geeft een mbo-instelling de mogelijkheid om *een opnameplafond* voor de basisberoeps-, de vak-, de middenkader-, en de specialistenopleidingen in te stellen. In dit geval wijst het bevoegd gezag de beschikbare plekken toe. Daarbij kan geen selectie plaatsvinden waarbij aan studenten die aan de vooropleidingseisen voor de desbetreffende opleiding voldoen, extra eisen worden gesteld aan de geschiktheid. Toewijzing mag niet geschieden op basis van motivatie, vaardigheden of behaalde cijfers, maar moet geschieden op basis van bijvoorbeeld loting of op volgorde van aanmelding. Kandidaten die zich vóór 1 april hebben aangemeld moeten voorrang krijgen indien de instelling loting hanteert om de beschikbare plekken toe te wijzen.³³ Mbo-instellingen dienen de kandidaten uiterlijk 1 februari te informeren hoe zij de toelatingsprocedure inrichten bij overaanmelding.

We zien kortom dat door de jaren heen de toelatingsbeslissing van het bevoegd gezag in de WEB verandert in een individueel geclausuleerd toelatingsrecht voor de student. Deze ontwikkeling is samengevat in schema 1. Naast hetgeen is opgenomen in het schema geldt het generieke voorschrift dat een weigering niet in strijd mag zijn met artikel 8.1.2 lid 1 WEB, artikel 7 lid 2 AWGB en artikel 4 onder f en artikel 6 onder b van de Wgbh/cz.

5. Een voorwerp van aanhoudende spanning

Zoals in de vorige paragraaf is beschreven, heeft de komst van het toelatingsrecht als zodanig in het parlement tot weinig discussie aanleiding gegeven. Dit betekent echter niet dat er geen kanttekeningen bij de wetswijzigingen zijn te plaatsen, integendeel. Wij constateren drie aandachtspunten, namelijk de relatie tussen een individueel toelatingsrecht en de onderwijskundige inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs (paragraaf 5.1), het karakter van de onderwijsovereenkomst (paragraaf 5.2) en de vraag of de invoering van een individueel toelatingsrecht in de BBL niet tot onbedoelde neveneffecten gaat leiden (paragraaf 5.3).

5.1 Inrichtingsvrijheid

Met het geclausuleerde individuele recht op toelating wordt de onderwijskundige inrichtingsvrijheid ernstig beperkt. De stap om de autonome beslissingsbevoegdheid te schrappen is een majeure en principiële breuk met het verleden. Het schuurt met het gegeven dat alle mbo-instellingen bijzondere onderwijsinstellingen zijn. Met de Wet doelmatige leerwegen en de Wet toelatingsrecht mbo zijn de bepalingen op grond waarvan het bevoegd gezag beslist over de toelating komen te vervallen. Iedere jongere moet volgens de wetgever zelf het recht hebben om, als deze voldoet aan de vooropleidingseisen, de keuze te maken voor zijn beroepsopleiding. Het uitgangspunt is: opleidingen staan open voor iedereen die aan de vooropleidingseisen voldoet tenzij sprake is van een in de wet geregelde uitzonderingssituatie.³⁴ Hiermee verdwijnt de mogelijkheid om op onderwijskundige gronden een eigen toelatingsbeleid te voeren. Dit botst met de onderwijskundige inrichtingsvrijheid die de bevoegde gezagsorganen in het mbo op grond van artikel 23 Grondwet toekomt. Het botst ook met de uitdrukkelijke en principiële keuze van de wetgever die bij de invoering van de WEB op dit punt is gemaakt.³⁵

Opvallend is dat deze inrichtingsvrijheid door de hierboven beschreven ontwikkeling terzijde wordt geschoven zonder dat hier een principiële debat over is gevoerd. De introductie lijkt dan ook op pragmatische gronden te zijn gebaseerd. De wetge-

ver beschouwt het middelbaar beroepsonderwijs – met name de entreeopleiding en basisberoepsopleiding – als het minimum aan onderwijs dat iedere burger wordt geacht te kunnen ontvangen.³⁶ Dit legt een grote druk op de toegankelijkheid van het middelbaar beroepsonderwijs. De wetgever acht het daarbij behorende belang zo groot dat hij bij gebrek aan openbare alternatieven kennelijk bereid is de bijzondere instellingen in het middelbaar beroepsonderwijs te behandelen als openbaar onderwijs. Anders gezegd, de wetgever dwingt het middelbaar beroepsonderwijs een openbaar jasje aan te doen dat in bepaalde opzichten niet goed past.

Vanuit het oogpunt van de kandidaat, zijn of haar ouders en bezien vanuit internationale verdragen is de invoering van een geclausuleerd individueel toelatingsrecht natuurlijk een positieve ontwikkeling.³⁷ Zoals is betoogd, veroorzaakt het creëren van een individueel toelatingsrecht echter wel een botsing met de onderwijskundige autonomie van bijzondere onderwijsinstellingen. Een autonomie die een belangrijke pijler vormt van het duale systeem dat artikel 23 GW creëert. De keuze die de wetgever hier heeft gemaakt voor het mbo vraagt minimaal om een debat waarvan de vraag over de plaats van het individuele recht op toelating op onderwijskundige gronden binnen het stelsel van artikel 23 Grondwet onderdeel dient te zijn. Input voor dit debat is in december 2016 geleverd met het rapport ‘Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving’ van NCOR.³⁸ In dit rapport worden onder meer drie opties beschreven hoe leerrechten te verankeren in het onderwijsrecht. In het mbo is helaas het antwoord al gegeven, ten koste van de onderwijskundige autonomie van het bevoegd gezag, zonder dat het debat is gevoerd.

5.2 De onderwijsovereenkomst

Een tweede knelpunt is gelegen in de figuur van de onderwijsovereenkomst. Het tekenen van de onderwijsovereenkomst is na het bevestigen van het recht op onderwijs, het afzien van het iudicium abeundi het derde en laatste inschrijvingsvereiste. Het invoeren van het recht op toelating roept de vraag op in hoeverre de onderwijsovereenkomst nog een functie heeft als schakel tussen toelating en inschrijving. Het overgrote deel van de afgesloten onderwijsovereenkomsten bestaat uit individuele opleidings- en persoonsgegevens en een set algemene voorwaarden. Bij algemene voorwaarden is het maar de vraag wat de meerwaarde daarvan is, boven een deelnemersstatuut en de bepalingen waarin de WEB na invoering van het toelatingsrecht voorziet. Indien de onderwijsovereenkomst beoogt een normenset te creëren welke geldt voor *alle* deelnemers is een regeling een meer geschikt instrument. De meerwaarde van de onderwijsovereenkomst is onzes inziens gelegen in de mogelijkheid om afspraken te maken die passend zijn bij een individuele deelne-

2003-2014		2014-heden		Na inwerkingtreding Wet toelatingsrecht mbo	
<i>Niveau 1 opleidingen</i>	<i>Niveau 2, 3 en 4 opleidingen</i>	<i>Entreopleidingen</i>	<i>Niveau 2, 3 en 4 opleidingen</i>	<i>Entreopleidingen</i>	<i>Niveau 2, 3 en 4 opleidingen</i>
Voorwaarden positieve toelatingsbeslissing: De kandidaat a. voldoet aan formele inschrijvereisen artikel 8.1.1; b. respecteert grondslag en doelstellingen.	Voorwaarden positieve toelatingsbeslissing: De kandidaat a. voldoet aan formele inschrijvereisen artikel 8.1.1; b. voldoet aan de (nadere) vooropleidingseisen artikel 8.2.1 en 8.2.2; c. onderschrijft grondslag en doelstellingen; d. voldoet aan de nadere eisen uit instellingsbeleid.	Recht op toelating indien: De kandidaat a. voldoet aan formele inschrijvereisen artikel 8.1.1; b. voldoet aan de eisen van artikel 8.1.1b; c. respecteert de grondslag en doelstellingen.	Voorwaarden positieve toelatingsbeslissing: De kandidaat a. voldoet aan formele inschrijvereisen artikel 8.1.1; b. voldoet aan de (nadere) vooropleidingseisen artikel 8.2.1 en 8.2.2; c. respecteert grondslag en doelstellingen; d. voldoet aan de nadere eisen uit instellingsbeleid.	Recht op toelating indien: De kandidaat a. voldoet aan formele inschrijvereisen artikel 8.1.1; b. voldoet aan (nadere) vooropleidingseisen van artikel 8.2.1 en 8.2.2; c. voldoet aan de evt. selectiecriteria op grond van artikel 8.2.2a; d. geen beroep gedaan op artikel 8.1.1c, lid 2 (opnam capaciteit); e. geen beroep gedaan op artikel 8.1.7b WEB (ongeschiktheid beroep); f. respecteert (entree/niveau 2) dan wel onderschrift (niveau 3, 4) de grondslag en doelstellingen van de mbo-instelling.	De kandidaat a. voldoet aan formele inschrijvereisen artikel 8.1.1; b. voldoet aan (nadere) vooropleidingseisen van artikel 8.2.1 en 8.2.2; c. voldoet aan de evt. selectiecriteria op grond van artikel 8.2.2a; d. geen beroep gedaan op artikel 8.1.1c, lid 2 (opnam capaciteit); e. geen beroep gedaan op artikel 8.1.7b WEB (ongeschiktheid beroep); f. respecteert (entree/niveau 2) dan wel onderschrift (niveau 3, 4) de grondslag en doelstellingen van de mbo-instelling.
		Het iudicium abundi wordt niet toegepast.		Het iudicium abundi wordt niet toegepast.	Het iudicium abundi wordt niet toegepast.
Er is een OOK, gebaseerd op instemming over: a. de algemene voorwaarden; b. nadere afspraken, mits deze niet zijn gebaseerd op nadere eisen instellingsbeleid.	Er is een OOK, gebaseerd op instemming over: a. de algemene voorwaarden; b. nadere afspraken.	Er is een OOK, gebaseerd op instemming over: a. de algemene voorwaarden; b. nadere afspraken gebaseerd op bijzondere omstandigheden of dringende redenen.	Er is een OOK, gebaseerd op instemming over: a. de algemene voorwaarden; b. nadere afspraken.	Er is een OOK, gebaseerd op instemming over: a. de algemene voorwaarden; b. nadere afspraken gebaseerd op bijzondere omstandigheden of dringende redenen.	Er is een OOK, gebaseerd op instemming over: a. de algemene voorwaarden; b. nadere afspraken gebaseerd op bijzondere omstandigheden of dringende redenen.

mer. Dit kan in de drie eerder benoemde situaties: wederzijds goedvinden, meerdere opleidingsroutes en afspraken gekoppeld aan een weigeringsgrond.

De eerste situatie ziet onzes inziens niet op gevallen die de toelating betreffen maar op begeleidingsafspraken. Deze kunnen en worden gewoon vastgelegd in het begeleidingsaanbod van de mbo-instelling. Wanneer deze afspraken direct worden gekoppeld aan een instrument dat onderdeel is van de inschrijvingsprocedure dan wordt er een onnodig verwarrende situatie gecreëerd. Goede begeleiding hoort bij de zorgplicht die het bevoegd gezag heeft ten aanzien van alle deelnemers. Deze zorgplicht geldt na inschrijving van de kandidaat en hoeft geen onderdeel van de inschrijving zelf te zijn.

De tweede beschreven situatie is niets meer en minder dan een plaatsingsbesluit, dat in andere onderwijssectoren gewoon door het bevoegd gezag wordt genomen. Indien het bevoegd gezag de optie heeft om de deelnemer in meerdere opleidingsvarianten te plaatsen dan is er geen enkele reden om hier individuele afspraken over te maken. Eventuele plaatsingscriteria kunnen beter in voor eenieder geldende regels worden gegoten.

De derde situatie kan inmiddels niet meer zien op een weigeringsgrond die gerelateerd is aan eigen beleid. Deze beleidsvrijheid is immers verdwenen; resteren nog de weigeringsgronden van artikel 8.1.1, 8.1.7b, artikel 8.2.2a en het iudicium abeundi. Indien de mbo-instelling op grond van deze artikelen en de ongeschreven weigeringsgrond de mogelijkheid heeft om de kandidaat niet in te schrijven dan heeft zij afgeleid daarvan tevens de mogelijkheid om deze kandidaat onder voorwaarden wél in te schrijven. Deze voorwaarden kunnen dan als individuele afspraken worden opgenomen in de onderwijsovereenkomst. Er kan dan gedacht worden aan afspraken omtrent gedrag maar ook aan afspraken waarbij de kandidaat belooft extra te werken aan vaardigheden die nog onvoldoende zijn om te voldoen aan de nadere vooropleidingseisen volgend uit artikel 8.2.2a WEB.

Deze uitzonderingen rechtvaardigen onzes inziens echter niet een beslissing om het instrument onderwijsovereenkomst in stand te houden. In de wetgeving en jurisprudentie lijkt te worden miskend dat een recht op toelating in het middelbaar beroepsonderwijs niet hetzelfde is als een recht op inschrijving. Door het verdwijnen van de toelatingsbeslissing in combinatie met de figuur van de onderwijsovereenkomst komt de nadruk te liggen op het begrip 'inschrijving' in plaats van 'toelating'. Het schuurt dan dat er kennelijk een recht op toelating kan bestaan naast een bevoegdheid tot inschrijving. In paragraaf 3 is dit aan de orde geweest. Er bestaat

daarnaast een werkend alternatief bij andere onderwijssectoren. De rechten en plichten en aanvullende individuele afspraken kunnen net zo goed worden vastgelegd via een deelnemersstatuut en als voorwaarden bij een inschrijvingsbesluit. Het schrappen van de onderwijsovereenkomst maakt dan de weg vrij om de wrijving tussen de begrippen 'toelating' en 'inschrijving' op te heffen en aan te sluiten bij bijvoorbeeld de terminologie van het hoger onderwijs.

5.3 BBL en BPV

Tot slot nog het praktische probleem van de kandidaat die zich wil inschrijven voor de beroepsbegeleidende leerweg (BBL). De BBL is een leerweg die leren en werken combineert en vereist in tegenstelling tot de beroepsopleidende leerweg (BOL) dat de kandidaat een arbeids- of vrijwilligersovereenkomst heeft bij een geaccrediteerd leerbedrijf. Het is in het mbo gebruikelijk dat een kandidaat voor de BBL pas wordt toegelaten indien hij of zij een leerbedrijf heeft gevonden. Vanaf schooljaar 2018-2019 kan het bevoegd gezag een kandidaat zonder leerbedrijf niet meer weigeren maar kan hij tevens voor deze kandidaat niet voldoende onderwijs verzorgen. De WEB verplicht immers dat minimaal 610 uur onderwijstijd per jaar wordt verzorgd bij een leerbedrijf. De mbo-instelling heeft in dit geval een inspanningsverplichting om een deelnemer te helpen bij het zoeken naar een leerbedrijf, in casu hier dus vaak naar betaald werk, maar zal in veel gevallen niet succesvol zijn. In dat geval resteert als enige optie verplichte uitschrijving. Dit lijkt ons een onbedoeld neveneffect van de wetgeving want het is toch in niemands belang dat deze deelnemer een paar maanden verliest terwijl de BOL, waar de mbo-instelling voor de deelnemers stageplaatsen kan verzorgen, het perfecte alternatief vormt.

6. Conclusie

Van oudsher wordt in ons onderwijsbestel aan bevoegde gezagsorganen een zekere mate van inrichtingsvrijheid toegestaan. Dat geldt zeker daar waar het gaat om denominatieve aspecten in het bijzonder onderwijs; ook is er enig begrip voor het respecteren van een zekere organisatorische beslissingsruimte. Dat ligt echter de laatste tijd anders daar waar het gaat om onderwijskundige beslissingen, met name rond toelating van leerlingen en studenten. Beleid en politiek lijken als het om die zaken gaat in toenemende mate voorrang te verlenen aan het recht op onderwijs, *of the right to learn*, zoals dat verankerd is in internationale verdragen.

Deze ontwikkeling is duidelijk terug te zien in de omslag die is gemaakt in het mbo. In deze sector werd twintig jaar geleden nog expliciet erkend dat het aan het bevoegd gezag is om te beslissen over toelating. In 2017 wordt de Wet toelatings-

recht mbo ingevoerd, waarmee de student bepaalt in welke opleiding hij of zij wenst te worden ingeschreven.

Deze ontwikkeling is vanuit de positie van de student gezien uiteraard als positief te duiden. We hebben in dit artikel echter proberen aan te geven dat het verhaal met de invoering van de Wet toelatingsrecht mbo nog niet af is. De verwachting is dat de invoering gepaard zal gaan met vraagstukken rond met name de aard van de onderwijsovereenkomst in het mbo, met in- en uitschrijffperikelen rond de BBL en dat, al met al, met de komst van deze wet de in het mbo aanhoudende spanning tussen het recht van de student en de inrichtingsvrijheid van de instelling niet is verholpen. Een onderwijssectorbreed onderzoek naar de juiste balans tussen leerrecht en autonomie kan daarbij helpen en heeft wat ons betreft de voorkeur boven de stapsgewijze invoering van een individueel toelatingsrecht die nu lijkt plaats te vinden.

Noten

- 1 Mr. B.F.P.M. Lathouwers is werkzaam als juridisch controller bij het Koning Willem I College in 's-Hertogenbosch; hij verricht promotieonderzoek naar selectiecriteria en kwalificatie-eisen in de WEB. Prof. dr. R. van Schoonhoven is als bijzonder hoogleraar onderwijsrecht met betrekking tot het beroepsonderwijs verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam; zij is tevens werkzaam als zelfstandig onderzoeker en adviseur.
- 2 D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *Wetenschappelijk commentaar op artikel 23 Grondwet, december 2013*. Te raadplegen op www.nederlandrechtsstaat.nl; Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief. Den Haag: Onderwijsraad 2012.
- 3 *Stb.* 2013, 288; *Stb.* 2016, 362.
- 4 Rb. 's-Gravenhage 2 mei 2012; ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4736.
- 5 Zie tevens P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, *Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving. Eindrapport*. NCOR 2016.
- 6 Zie voor uitgebreide toelichting op deze casuïstiek: R. van Schoonhoven, 'Het schooladvies po – vo: hoe verder met toelatingsbeslissingen in het voortgezet onderwijs?' In: *School en wet*, 2016, 6; R. van Schoonhoven, 'Over de grens? Ontwikkelingen in de bepalingen over toelating tot scholen en instellingen in het Nederlandse onderwijsbestel'. In: *Tijdschrift voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid*, 2016-2017, 1-2, p. 49-60.
- 7 *Stb.* 2016, 362; inwtr. *Stb.* 2017, 27; *Kamerstukken II* 2015/16, 34457, 1-3.
- 8 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, 3, p. 68.
- 9 *Stb.* 1998, 337.
- 10 Inwerkingtreding 1 augustus 2003, Uitleg 2001, nr. 2/3.
- 11 HR 22 januari 1988, *AB* 1988, 96, m.nt. FHvdB (*Maimonides*); P.W.A. Huisman e.a., *Basisboek onderwijsrecht*. Den Haag: Sdu 2014, p. 155; P.W.A. Huisman & D. Mentink, 'Constitutionele principes rond toegankelijkheid en selectie voor openbaar en bijzonder onderwijs', in P.W.A. Huis-

- man & P.J.J. Zoontjens (ed.), *Juridische aspecten van selectie bij toegang tot het onderwijs*. Deventer: Kluwer 2009, p. 95.
- 12 Dit is bij de invoering van de Wet doelmatige leerwegen abusievelijk aangepast tot “respecteren” en is hersteld met de invoering van de Wet toelatingsrecht (zie verder par. 4.2).
 - 13 P.W.A. Huisman & D. Mentink, ‘Constitutionele principes rond toegankelijkheid en selectie voor openbaar en bijzonder onderwijs’, in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens (ed.), *Juridische aspecten van selectie bij toegang tot het onderwijs*. Deventer: Kluwer 2009, p. 95.
 - 14 B. van Wijk, *Kansrijk Toelatingsbeleid. Deel 1: De kaders benutten*. 's-Hertogenbosch/Utrecht: Expertisecentrum Beroepsonderwijs 2013, p. 19-20.
 - 15 C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en voortgezet onderwijs* (diss. Amsterdam VU), Wolf Legal Publishers 2005, hoofdstuk 10.
 - 16 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, 3, p. 142.
 - 17 Uitgebreid hierover P.J.J. Zoontjens, ‘Toelating en verwijdering van zorgleerlingen’, in P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens (ed.), *Juridische aspecten van selectie bij toegang tot het onderwijs*. Deventer: Kluwer 2009.
 - 18 CBHO, 20 juni 2008; AB 2008, 325, m.nt. P.J.J. Zoontjens.
 - 19 R. van Schoonhoven, *Recht doen aan beroepsonderwijs* (oratie). Amsterdam: VU 2016.
 - 20 *Stb.* 2013, 288.
 - 21 Uitzending Nieuwsuur/NOS, d.d. 24-09-2014.
 - 22 *Kamerstukken II* 2014/15, 31524, 216.
 - 23 *Kamerstukken II* 2014/15, 30079, 53.
 - 24 Uitzending Nieuwsuur/NOS, d.d. 29-07-2015.
 - 25 Brief van MBO Raad en VNO/NCW, MKB Nederland aan Raad van State, 2 februari 2016.
 - 26 *Kamerstukken II* 2015/16, 34457, 4.
 - 27 *Kamerstukken II* 2015/16, 34457, 1-3.
 - 28 *Handelingen II* 2015/16, 100-12-1 t/m 100-12-37; *Handelingen II* 2015/16, 108-8-1 t/m 108-8-22.
 - 29 *Kamerstukken II* 2015/16, 34457, 24.
 - 30 *Stb.* 2016, 362; inwtr. *Stb.* 2017, 27.
 - 31 *Kamerstukken II* 2015/16, 34457, 3, p. 15.
 - 32 *Kamerstukken II* 2015/16, 34457 3, p. 15-16.
 - 33 *Kamerstukken II* 2015/16, 34457, 3, p. 14.
 - 34 *Kamerstukken II* 2015/16, 34457, 3, p. 13.
 - 35 P.W.A. Huisman & D. Mentink, ‘Constitutionele principes rond toegankelijkheid en selectie voor openbaar en bijzonder onderwijs’, in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens (ed.), *Juridische aspecten van selectie bij toegang tot het onderwijs*. Deventer: Kluwer 2009, par. 3.5.
 - 36 Het niveau van een startkwalificatie en de lat voor de kwalificatieplicht begint bij een niveau 2 diploma.
 - 37 Het strookt bijvoorbeeld met beginselen volgend uit artikel 2, Eerste Protocol EVRM.
 - 38 P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, *Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving*. Eindrapport. NCOR 2016.